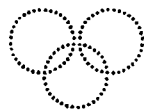


ULISES ROJAS -

**LA
ACCION PUBLICA
ADMINISTRATIVA**



BOGOTA - EDITORIAL MINERVA - MCMXXVIII

REPÚBLICA DE COLOMBIA - UNIVERSIDAD NACIONAL - FA-
CULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ULISES ROJAS

LA ACCION PUBLICA ADMINISTRATIVA

TESIS
PARA OPTAR EL TITULO
DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BOGOTÁ, SEPTIEMBRE DE 1928

EDITORIAL MINERVA

BANCO DE LA REPUBLICA
BIBLIOTECA LUIS ANGEL ARANGO
CATALOGACION

Artículo 97 del Reglamento: «La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis, tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores».

M. Sr. Dr. Sr. Enrique U. Becerra
ilustrado profesor a quien
admiro y aprecio por su
talento y sus virtudes.

Ulises Rojas

A mi madre y hermanos

*Al señor doctor don José A. Vargas Torres,
en prueba de estimación y cariño*

RECTOR DE LA FACULTAD:
DR. EDUARDO RESTREPO SAENZ

PRESIDENTE DE TESIS:
DR. VICTOR COCK

JURADO EXAMINADOR:
DR. PEDRO M. CARREÑO
DR. IGNACIO R. PIÑEROS
DR. ENRIQUE A. BECERRA

SECRETARIO DE LA FACULTAD:
DR. RODRIGO JIMENEZ MEJIA

CAPITULO I

DE LA ACCIÓN EN GENERAL

Acción, en el sentido jurídico, es la vía o medio señalado por las leyes para reclamar o hacer efectivos los derechos que las mismas reconocen. Se dice también que significa el derecho de reclamar alguna cosa, y en tal sentido la emplean los artículos 54, incisos 3.º y 4.º, y 106, inciso 1.º de la Ley 105 de 1890, pero esta calificación se presta a confusiones para los que caracterizan el derecho por la acción. El derecho se impone por la acción, luego al ser ésta derecho, necesitaría a su vez de acción, y se llegaría así a un proceso indefinido. Mejor es considerar la acción como independiente del derecho, para que así no pierda su fisonomía propia, ni se llegue por este camino a caer en el absurdo de que el derecho sustantivo dependa de la acción. Pero como acción y derecho son términos correlativos, sucede con la mayor frecuencia en el lenguaje forense que se toma el uno por el otro, y así se dice: «tengo *derecho* para reclamar tal cosa», «tengo *acción* para reclamar tal otra». Mas es necesario no confundirlos; el derecho existe antes que la acción, y es absolutamente independiente de ésta.

La acción entendida en el primer sentido trae su origen del derecho de gentes. Si las leyes no la establecieran, los derechos individuales y sociales reconocidos por el Estado, de nada servirían, y los particulares tendrían que valerse de la fuerza para conservarlos; en una palabra, la sociedad civil desaparecería. La acción es el único medio de hacer efectivo el derecho, y el derecho es la base de la acción. Aquélla es medio y éste es fin.

Las acciones según Escriche, pueden dividirse en reales, personales y mixtas; en ejecutivas y ordinarias, según el diferente modo como se pidan en juicio las cosas; en persecutorias, penales y mixtas, y en civiles y criminales.

Acción real es la que nace de alguno de los derechos llamados reales; personal, la que corresponde a una persona para exigir de otra el cumplimiento de una obligación de esta clase, y mixta la que en parte es real y en parte personal, o la que procede juntamente de un derecho real y de otro personal.

Acción persecutoria de la cosa, es aquella por la cual pedimos lo que se nos debe o lo que nos falta de nuestro patrimonio; por la penal, pedimos la pena pecuniaria establecida por las leyes a favor del perjudicado, y por la mixta reclamamos ambas cosas, esto es, lo que nos falta de nuestro patrimonio y la pena establecida por la ley.

Acción civil es la que compete a uno para reclamar sus cosas o sus intereses pecuniarios; y ac-

ción criminal es la que se emplea para pedir el castigo de un delito.

A más de estas divisiones, hay otras, que por ser de menor importancia, no nos detenemos a enumerar en este trabajo, destinado tan sólo al estudio de la acción pública administrativa.

Por razón de las personas que pueden ejercitarla, la acción se divide en privada o personal, y pública o popular.

La acción privada o personal la define Escriche, así: «La que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación que contrajo, ya sea que ésta dimanase de contrato, cuasi contrato, o nudo pacto, ya de delito o cuasi delito. Se dice personal, porque nace de una obligación puramente personal; y así es, que sólo se da contra la persona obligada, o su heredero que la representa, mas no contra un tercer poseedor. El que la entabla pide que se condene al demandado a dar o hacer aquello a que se obligó, o a pagar los perjuicios si no pudiere darlo o hacerlo; y en consecuencia ha de acreditar la obligación en cuya virtud demanda, y que ésta no se cumplió por el demandado».

Acción pública o popular, según el mismo autor, es en general la que se concede por la ley a cualquier vecino en los asuntos que interesan al pueblo.

La primera de ellas supone derechos antagónicos de carácter netamente particular y subjetivo,

de los cuales uno predomina y el otro se extingue; la resolución judicial que le pone término, implica siempre una sustitución patrimonial, y sólo afecta a quienes hayan tomado parte en la controversia.

En la acción pública desaparece todo exclusivismo individual, y sólo se mantiene la idea objetiva del servicio público, del respeto debido a la norma jurídica, del freno impuesto a todo exceso administrativo; al ejercitarla el ciudadano se convierte en guardador de la ley y al buscar con ella la garantía del derecho de todos, busca también la de los suyos propios.

La acción pública es la más alta manifestación de la solidaridad social; ofrécese como una institución conservadora; su lucha por el respeto a la ley, es una lucha disciplinada, sin violencias, atropellos ni revoluciones.

La acción pública se divide a su vez en civil, criminal y administrativa; según que se halle reconocida por leyes civiles, criminales o administrativas, y que se refiera a asuntos que encajen dentro de cada una de las jurisdicciones que corresponden a estos tres ramas del derecho, y se ventilen ante los tribunales respectivos.

La acción pública en materia civil, reconocida en los artículos 1005 y 1006 del Código Civil, se refiere al hecho de que cualquiera persona del pueblo pueda entablar acción en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, pa-

ra seguridad de los que transiten por ellos, respecto de daños o peligros que amenacen a los particulares.

El artículo 2359 del mismo Código dice: «Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas».

La ley para fomentar la defensa de esta clase de bienes, otorga en estos casos compensación a la persona que haya entablado el juicio correspondiente, y esta compensación se satisface a costa del dueño de la obra denunciada. No ocurre esto en tratándose de las acciones criminales o administrativas, las cuales, por razón de su misma naturaleza, no requieren ni permiten tal remuneración.

En materia criminal, puede decirse que todas las acciones que se ejercitan ante los tribunales que conocen de esta rama del derecho, son públicas; pues ellas tienen cabida en todo lo que se refiere a los delitos llamados públicos; y sólo por excepción, las acciones privadas se ejercitan únicamente cuando el delito tiene este carácter. En la rama criminal es quizá en donde esta clase de acción tiene campo más amplio para su ejercicio, debido a que según nuestra organización penal, cualquiera persona puede acusar a otra ante los tribunales de haber cometido un delito. Es de advertir que en este caso, la acción pública es una acción de oficio, que una vez iniciada, sigue su

curso con demandante o sin el; a diferencia de la acción pública, civil o administrativa, en que es potestativo del actor iniciar o no su demanda, seguir adelante o no el juicio.

La acción pública administrativa es aquella que conforme a la ley puede ejercitarse por cualquier ciudadano ante los tribunales de la respectiva jurisdicción, para pedir la nulidad de un acto administrativo violatorio de la Constitución o de la Ley.

Para nosotros esta acción no es perfecta, ni puede dársele con rigor este nombre, sino cuando ella se ejercita en virtud de una situación jurídica anormal, de carácter puramente objetivo; cuando el interés general lesionado es impersonal; cuando una norma es quebrantada sin lesionar ningún derecho individual, como en el caso en que un Concejo adopte un Acuerdo sin el *quorum* establecido en la ley. El que ejercita la acción, obra entonces en su carácter de verdadero ciudadano, sin interés personal inmediato, inspirado tan sólo en un vivo deseo de respeto a la ley y de utilidad social. No sucede lo mismo en la mayoría de los casos en que el interés general, en el buen funcionamiento de los servicios públicos, lleva envuelto otro particular e inmediato, que mueve al individuo a presentarse ante los tribunales; aquí puede decirse que la acción pública administrativa ha perdido algo de su carácter distintivo en cuanto al móvil que la inspira, y en este sentido se convierte en una

especie de acción mixta, que participa de la acción privada y de la pública propiamente dicha.

No quiere decir esto que el interés general que inspiran todas las actuaciones del Estado, no se traduzca en beneficios individuales. En todo caso hay aquí una diferencia apreciable que es necesario establecer, a fin de explicar el alcance de ciertos fallos emanados del ejercicio de esta clase de acciones y las personas que pueden ejercerlas; de ello se tratará más adelante.

Respecto de la competencia para conocer de cada una de las acciones que dejamos enumeradas, es cuestión que debe examinarse cuando se presenta la demanda, porque a ningún funcionario le es permitido conocer de negocios que no le están atribuidos.

La procedencia o pertinencia de la acción, es cosa distinta, y ésta se determinará en el fallo definitivo.

CAPITULO II

LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.—SU OBJETO.—SU NATURALEZA.—SU IMPORTANCIA

La necesidad imprescindible de establecer sistemas de control que protejan los intereses y derechos de los individuos, susceptibles de ser lesionados por el funcionamiento de la máquina administrativa, ha hecho indispensable la creación de la jurisdicción contenciosa, y el reconocimiento de las acciones administrativas.

Frente a la autoridad pública, armada con todos los recursos del poder, el derecho individual correría graves riesgos de no ser respetado, si los particulares por medio de acciones eficaces no fueran ampliamente garantizados en sus derechos contra invasiones ilegítimas.

Para evitar estos peligros se ha concedido al particular una acción contra todo acto administrativo que viole los derechos que le garantizan las leyes. Esta protección jurídica del individuo respecto de la Administración Pública constituye una de las mejores conquistas en el campo de la democracia y es uno de los distintivos más característicos de un régimen verdaderamente republicano.

La actividad del Gobierno como administrador de la cosa pública no puede desarrollarse sin provocar resistencia de diverso orden; los actos de la autoridad lesionan, a menudo, intereses y derechos, y para allanar esas resistencias y evitar esas lesiones, el reconocimiento de la acción administrativa se impone.

Hauriou dice: «Las garantías constitucionales y administrativas de los derechos individuales se declaran y sostienen unas a otras, se garantizan en la organización constitucional y se hacen efectivas en la organización administrativa. El gran progreso en materia de garantías individuales, consiste en que el Estado admite un Juez para decidir las contiendas que surjan entre los individuos y su administración, respecto a las violaciones de derechos. El individuo tiene entonces a su alcance un medio de reparación, que su sola voluntad basta a poner en movimiento».

El derecho de petición es una forma de la libertad de opinión. Cualquiera es libre de exponer sus opiniones y de hacerlas conocer del público y de los representantes de la autoridad. El derecho de petición, es pues, una consagración de la libertad individual en general. El individuo que es víctima de un acto arbitrario por parte de los agentes del Gobierno, tiene plena facultad para formular sus reclamaciones ante las autoridades competentes.

La acción pública como emanación de aquel derecho, es quizás una de las formas en que con

mayor eficacia se ejerce. Sus resultados son más efectivos que los de la prensa misma, que es otra forma de ese derecho; pero su radio de acción es menos extenso que el de ésta, porque si bien es cierto que la prensa ha fracasado la mayor de las veces en su campaña constructora en materia de orden moral, ha sido en todas partes poderoso demolidor de autoridades dictatoriales, de privilegios irritantes, de monopolios vituperables, de desigualdades inicuas; ha sido, por decirlo así, en su período negativo, el factor más poderoso de la democracia y el contrapeso más fuerte de la administración pública.

Es ésta la razón por la cual León Duguit considera que el derecho de petición, de tanta eficacia en otras épocas, ha perdido en nuestros días toda su importancia, hasta llegar a convertirse en una cosa perfectamente inútil. Y en esto tiene razón el célebre profesor francés: el elemento periodístico ha eclipsado casi totalmente la acción privada del ciudadano, siempre que no se ejerza en juicio ante los tribunales. Los poderes públicos miran este derecho con desdén, y lo que es peor, muchas veces con menosprecio; vale más para ellos y obra con mayor fuerza un artículo de periódico que una petición privada, siquiera sea suscrita por cientos de ciudadanos.

No corre igual suerte la acción pública debidamente intentada ante los tribunales administrativos, porque la sentencia que a ella tiene que re-

caer, en caso de ser favorable, restablecerá el derecho quebrantado; y sobre la arbitrariedad del acto o de la resolución acusada hará imperar el reinado de la justicia.

El derecho de petición, sustituido hoy, como queda expuesto, por otros medios de mayor eficacia, obra en una esfera bien distinta a la de la acción pública propiamente dicha: el primero, más que garantía contra lesiones, más que recurso, sirve para denunciar un acto injusto, o para exponer una petición de interés general, y se dirige principalmente contra los actos administrativos de carácter social, como son las medidas relativas a la salubridad e higiene públicas, lo referente a la instrucción pública etc.; la segunda se reduce a pedir la revisión en juicio de las resoluciones definitivas de carácter general que dicta la administración y que sean contrarias a las disposiciones de la ley.

Pero el hecho mismo de existir un paralelismo entre el crecimiento de las actividades del Estado y su responsabilidad ante los ciudadanos, augura para la acción administrativa del futuro un campo de acción más vasto y una mayor importancia, como quiera que la creación constante de nuevos servicios públicos pone cada día en contacto más estrecho al Estado con el individuo; de donde resulta que serán más frecuentes las dificultades y colisiones que surjan entre ellos, y consiguientemente más útil y necesario su ejercicio.

Se entiende por Gobierno democrático aquel cu-

ya organización y funciones resultan de la actividad inmediata de los particulares, de su participación en la soberanía, en cuanto se manifiesta por funciones que miran al interés general; de aquí que un Estado que quiera llevar aquel nombre no pueda prohibir que los particulares colaboren y participen en cada uno de sus poderes; así vemos que el ciudadano, mediante el jurado, interviene en el Poder Judicial; por medio del sufragio participa del Poder Legislativo; y en virtud de la acción administrativa coopera eficazmente en la buena marcha de la administración pública.

Y todo esto no obedece a otra cosa sino a que la noción jurídica del Estado va modificándose día por día en el sentido de conseguir una mayor fusión e intimidad entre el Estado oficial y el no oficial o masa de los ciudadanos.

CAPITULO III

LA ACCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Todo lo que constituye la esfera de las ciencias del Estado en actividad, su vida en el hecho; esto es, el Estado actuando, es lo que puede llamarse Administración Pública.

Los fines que persigue pueden ser *políticos*, o sean los que tienen por mira el ejercicio del *imperium*, es decir, el mantenimiento de la soberanía, ya en cuanto a la independencia exterior, ya en cuanto al orden interno; *sociales*, o sean los concernientes a la difusión de la instrucción popular, la salubridad y la higiene, el mejoramiento de las condiciones de la vida social; vías de comunicación, construcciones útiles etc.; y *económicos*, o sean los relativos a la vida fiscal del Estado y a todo aquello que se rose con lo concerniente a sus bienes propios, a la imposición de tributos y a la recaudación de ellos.

El Estado como Administrador tiene dos clases de facultades: la *reglamentaria*, que es la de dar reglas para el cumplimiento de las leyes o de las disposiciones administrativas, y la *imperativa* o de

mando, esto es, la de dar órdenes y hacerlas obedecer, facultad que puede ser *discrecional* o *reglada*, según que la administración la ejercite libremente o haya de acomodarse a ciertas normas establecidas con anterioridad en una ley, una ordenanza, un acuerdo, un contrato u otra disposición análoga.

Examinemos ahora cuáles son los casos en que conforme a nuestro derecho positivo se puede entablar la acción pública para pedir la nulidad de un acto administrativo y cuál ha sido el alcance que se ha dado a tales preceptos por la jurisprudencia nacional.

El artículo 52 de la Ley 130 de 1913 dice: «Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una Ordenanza u otro acto de una Asamblea departamental que se considere contrario a la Constitución o a la Ley».

En relación con este artículo, y apoyado en la disposición contenida en el 71 de la citada ley que dice que si una Ordenanza o una providencia cualquiera de una Asamblea departamental se estima violatoria de la Constitución o de la Ley, en el concepto de ser lesiva de derechos civiles, sólo la persona o personas que se crean agraviadas pueden entablar el juicio administrativo encaminado a obtener la declaración de nulidad, el Conse-

jo de Estado, en sentencia de 15 de diciembre de 1915, decidió que cuando una Ordenanza u otro acto de una Asamblea es violatorio de la Constitución o de la Ley, en el concepto de ser lesiva de los derechos de determinada persona, *no tratándose de derechos civiles*, la ley concede acción popular para demandar la anulación de tal acto; con esto amplió en cierto modo el radio de la acción pública, extendiéndola a un caso en que si bien la Ley no lo enuncia de modo expreso, es sin embargo una consecuencia del espíritu que la informa.

El artículo 72 de la citada ley establece: «Todo ciudadano tiene derecho a pedir al respectivo Tribunal administrativo seccional que se declare nulo un acuerdo, u otro acto de un Consejo, que considere contrario a la Constitución, a la Ley o a la Ordenanza departamental».

En tratándose de las acciones reconocidas en los artículos 52 y 72, que dejamos transcritos, la Ley 130 fijaba el término de 90 días para entablarlas. Vino luego la Ley 71 de 1916, y en su artículo 6.º dispuso que la declaratoria de nulidad de tales actos podía solicitarse en cualquier tiempo.

No se presenta sobre este particular dificultad alguna, en tratándose de actos posteriores a la Ley 71 de 1916, pero sí respecto de aquellos cuya vigencia principió en la época en que regía la Ley 130.

En sentencia de primera instancia de 7 de abril

de 1924 del Tribunal Administrativo de Cartagena, se ha sostenido que la disposición contenida en el artículo 6.º de la Ley 71 citada tiene efecto retroactivo, y que en tal virtud las Ordenanzas o Acuerdos expedidos durante la vigencia de la Ley 130 (pues la 88 de 1910, que regía antes, no fijaba plazo alguno) podían ser demandados en cualquier época.

El Consejo de Estado en varios fallos ha resuelto el caso en el sentido contrario y decidido, en consecuencia, que las Ordenanzas o Acuerdos expedidos durante la vigencia de la Ley 130 no son acusables sino dentro del término fatal de 90 días.

El artículo 111 de la Ley 130 citada, dispone que son anulables, como las Ordenanzas de las Asambleas departamentales, los Decretos y demás actos de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a las leyes o a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles. De consiguiente, la acción pública podrá intentarse en todos los casos a que se refiere este artículo, siempre que el acto acusado no lo sea por concepto de ser lesivo de derechos civiles, en cuyo caso sólo podrá instaurarse la acción privada.

El artículo 1.º de la Ley 130 que venimos analizando dice que «la jurisdicción contencioso administrativa, tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretext-

to de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos». El artículo 78 dispone que la revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, corresponde al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (hoy al Consejo de Estado), cuando sean contrarios a la Constitución o a la Ley, o lesivos de derechos civiles. Y el artículo 80 dice que para la revisión de dichos actos, en concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan interés en ello por creerse agraviados, y todo dentro del término de 90 días, contados desde el siguiente a la publicación que debe hacerse, en el *Diario Oficial*, de la Resolución respectiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la misma Ley; pues tales actos no quedaron comprendidos en la reforma introducida por el artículo 6.º de la Ley 71 de 1916, que sólo se refiere a las Ordenanzas departamentales y a los Acuerdos municipales.

Conforme al Acuerdo de 3 de noviembre de 1915, la Corte Suprema, por su parte, declaró que no tenía facultad para decidir si un Decreto Ejecutivo era o no ilegal; y que ella sólo estaba autorizada para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos, no

sobre su ilegalidad. En sentencia de 20 de octubre de 1913 y 15 de febrero de 1915, dijo que la atribución que el artículo 41 del Acto reformativo de la Constitución da a la Corte para declarar la inexecutable de las leyes debe entenderse en sentido limitativo y no extensivo. Y en autos de 14 de julio y 2 de diciembre de 1912 sentó jurisprudencia en el sentido de que las Resoluciones de los Ministros del Despacho Ejecutivo no son acusables ante la Corte Suprema por inconstitucionalidad.

Por otra parte, en sentencia de 19 de agosto de 1915, el Consejo de Estado declaró que carecía de jurisdicción para conocer de demandas sobre nulidad de Resoluciones de los Ministerios, originadas en contratos celebrados por el Poder Ejecutivo en nombre del Estado; y que las controversias sobre esta clase de contratos, su validez o nulidad, son de la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia.

En materia electoral, el artículo 190 de la Ley 85 de 1916 dice: «Todo ciudadano tiene derecho a pedir dentro de los cuatro días siguientes al de la votación o escrutinio que se declare nula una votación o uno o varios registros de escrutinios». Conforme al mismo artículo y en el mismo término, existe esta acción para reclamar contra las irregularidades cometidas al computar y acumular los votos por las corporaciones escrutadoras contra lo prevenido en la ley electoral.

De lo anterior podemos deducir que la acción pública puede iniciarse ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa únicamente respecto de los siguientes actos:

- 1.º Decretos Ejecutivos violatorios de las leyes;
- 2.º Resoluciones ministeriales violatorias de disposiciones constitucionales o legales, siempre que no sean originadas en contratos celebrados por el Poder Ejecutivo en nombre del Estado;
- 3.º Ordenanzas Departamentales u otros actos de las Asambleas contrarios a la Constitución, la ley, o lesivos de derechos de determinada persona no tratándose de derechos civiles;
- 4.º Decretos u otros actos de los Gobernadores violatorios de la Constitución, las leyes o las ordenanzas;
- 5.º Acuerdos Municipales u otros actos de los Concejos contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas, y
- 6.º Votaciones o escrutinios electorales, acumulación o cómputos de votos por corporaciones escrutadoras de cualquier clase, que violen disposiciones legales.

Tales son los casos en los cuales conforme a nuestra legislación se puede intentar en Colombia ante la jurisdicción contencioso administrativa la acción pública. Lo referente a la acción popular sobre inexequibilidad de las leyes y de los Decretos Ejecutivos violatorios de la Constitución, es cuestión

que está adscrita al Poder Judicial, y de la cual conoce la Corte Suprema de Justicia.

Veamos ahora cuál fue el criterio que guió al legislador colombiano al aprobar las disposiciones que dejamos anotadas, y contra qué clase de actos de la Administración, por regla general, se halla consagrada entre nosotros la acción de que venimos tratando.

Ese criterio seguramente no fue otro que el de poner en cada ciudadano un centinela contra los abusos que la administración pudiera cometer saliendo de la esfera de acción marcada previamente en las leyes, y para que en cualquier momento impidiera que la actividad administrativa se pasara del límite legal al terreno de la arbitrariedad o de la injusticia.

El legislador, al poner en manos de los ciudadanos el arma de la acción pública, confió a su cuidado el obedecimiento y el respeto a la ley y garantizó al mismo tiempo la prioridad inexorable de sus mandatos.

Pero esta atribución tiene sus límites. Ciertos actos administrativos de pura potestad discrecional, como expresión que son de la soberanía del Estado, no pueden caer bajo el control jurídico de los particulares. Arbitro es el Gobierno para organizar el ejército, celebrar tratados de comercio, declarar la guerra, indultar, amnistiar etc., sin más responsabilidad que la que constitucionalmente le corresponde.

Para que un acto administrativo pueda ser acusado en virtud de la acción pública, es necesario, por regla general, que emane de corporación o entidad administrativa en ejercicio de sus facultades regladas, y no se acomode a las disposiciones de una ley o de una ordenanza.

En materia de elecciones, como queda dicho, la ley ha fijado el término angustioso de cuatro días para que cualquier ciudadano pueda demandar la nulidad de actos de esta clase; restricción que no deja de tener inconvenientes, porque si con ella se quiere evitar una serie indefinida de demandas y dar pronta estabilidad al derecho de los elegidos, se compele a los particulares a entablar acción en los momentos en que acaba de pasar la lucha electoral, cuando los ánimos están más caldeados por las pasiones políticas y obran sin reflexión alguna, movidos tan sólo por la envidia, el despecho o los odios de partido, entablando demandas inconducentes o injustas, que no hacen otra cosa que alarmar la conciencia pública y hacer perder tiempo a los tribunales. En tales momentos el respeto a la ley y a las garantías sociales, no serán precisamente los móviles que induzcan a los ciudadanos a buscar en su demanda la normalidad jurídica del poder electoral.

CAPITULO IV

QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA

Los artículos 1.º, 52, 72 y 79 de la Ley 130 de 1913, y el 190 de la 85 de 1916, que consagran la acción pública administrativa, lo hacen solamente y de modo expreso a favor de los ciudadanos, y el artículo 15 de la Constitución Nacional dice que «son ciudadanos los colombianos mayores de 21 años que ejerzan profesión, arte u oficio, o que tengan ocupación lícita u otro medio legítimo de subsistencia». Según esta disposición no son ciudadanos, ni podrán ejercer la acción de que venimos hablando, los extranjeros, las personas jurídicas, las mujeres, los menores de edad y los vagos que carezcan de medios honorables y conocidos de vida. (1).

A primera vista parece que no hubiera dificultad sobre el particular, puesto que la ley es perfectamente clara, y donde ésta no distingue, no es lícito distinguir.

(1). El artículo 112 de la Ley 4.ª de 1913 hacía extensiva a las personas jurídicas el derecho de intentar la acción pública, pero fue derogado por el artículo 108 de la Ley 130 del mismo año.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, entre otros el de 7 de febrero de 1913, proferido con motivo de la acusación del Decreto Ejecutivo número 774 de 1912, y que se halla publicado en la *Gaceta Judicial* número 1,072, dice lo siguiente:

«Según el artículo 18 de la Constitución, la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para ejercer funciones electorales y poder desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. Por consiguiente, la condición de ser ciudadano no se requiere en general, sino para la función electoral y para ciertas funciones públicas. Al decir el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que cualquier ciudadano puede pedir la inexecuibilidad de un Decreto, no requiere pues que sea colombiano el que ejercite el derecho que otorga, una vez que el artículo 18 citado de la Carta Fundamental limita a efectos precisos el requisito de la ciudadanía.

«Se ve, pues, que el constituyente de 1910 no tuvo en mira exigir la calidad de ciudadano colombiano para el ejercicio del derecho que confiere el artículo 41, sino que tomó la voz ciudadano en su acepción común, que es la de natural o vecino de una ciudad».

Pero si como dice la Corte, el constituyente del año 10 tomó la voz ciudadano en la acepción común de natural o vecino de una ciudad, debiera concluirse en buena lógica que no sólo los extran-

jeros podrían instaurar esta acción, sino también las mujeres, los menores y hasta los vagos, pues que todos ellos seguramente tendrán su vecindad, a menos que sean nómadas o gitanos. Lo cual, entre otras cosas, originaría un número infinito de recursos que mantendrían al cuerpo social en un estado de inseguridad y perturbación constantes y entorpecerían la buena marcha de la administración de justicia, que se vería agobiada bajo el peso de un sinnúmero de demandas, las más de ellas, dada la calidad de los actores, infundadas e inconducentes, y que por lo mismo en nada aprovecharían a la comunidad. De ahí la razón por la cual se acentúa cada día más la tendencia a restringir y a seleccionar el número de las personas que puedan intentar esta clase de acciones.

Basados en esta jurisprudencia, connotados abogados se han presentado ante el Consejo de Estado con poderes de compañías extranjeras demandando en nombre de éstas y en el suyo propio, en ejercicio de la acción pública, varios actos del Gobierno, entre otros, el Decreto número 150 de 1928, dictado por el Ministerio de Industrias, por ser contrario a la Ley 84 de 1927 que reglamenta, y por la cual se dictan unas disposiciones sobre hidrocarburos.

El Consejero a quien tocó conocer del asunto admitió la demanda en cuanto fue propuesta por los doctores Pedro M. Carreño y Miguel S. Uribe Holguín, en su calidad de ciudadanos y en ejer-

cicio de la acción popular, y la rechazó en cuanto se trataba de las compañías extranjeras de quienes eran mandatarios, por considerar que la acción pública sólo puede ser intentada en estos casos por los ciudadanos, pues el artículo 79 de la ley 130 de 1913 de manera expresa dice cómo y por quiénes se ejercita la acción popular consagrada, de modo general, en el artículo 78 de la misma ley. Y porque la letra del artículo 79, que no se puede desconocer so pretexto de consultar su espíritu, basta por sí sola para concluir que la acción pública no puede ser ejercitada por quienes no son ciudadanos, pues si el legislador hubiera considerado prudente el ejercicio de tal acción por personas distintas de los Agentes del Ministerio Público y de los ciudadanos, así lo habría consagrado a título de excepción, en disposición expresa. Pero que esto no quiere decir que les falten medios o recursos legales de acción en su propia defensa ni a los ciudadanos ni a los que no lo son, porque fuéran de las acciones civiles reconocidas a los extranjeros por el artículo 11 del Estatuto Constitucional de la República, merced al principio de reciprocidad, y de las otorgadas a las personas jurídicas por el artículo 14 del propio Estatuto a base del principio de igualdad, el artículo 80 del Código de lo Contencioso Administrativo concede el derecho de reclamar contra los actos del Gobierno o de los Ministros, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, a quienes tengan

interés en ello por considerarse agraviados; y que por tanto los extranjeros y las personas jurídicas tienen medios legales suficientes para reclamar y hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales de la República.

Los abogados ya citados, en alegato que figura en el asunto a que nos venimos refiriendo, examinan así los textos de la Ley 130 de 1913: «Si se aplican las reglas de la herméutica clásica, o para expresarnos mejor, el criterio de la fórmula algebraica que impera entre nosotros, las siguientes razones de los sostenedores de la procedencia de la acción pública por parte de los no ciudadanos, son incuestionables.

«El artículo 52 dice que todo *ciudadano* tiene derecho a pedir que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto de una asamblea departamental, *contrario a la Constitución o a la Ley*; y el 71, que si una ordenanza u otra providencia de una asamblea departamental se estima violatoria de la Constitución o de la Ley, en el concepto de ser lesiva de derechos civiles, *sólo la persona o las personas agraviadas* pueden entablar el juicio administrativo de nulidad. La acusación en este concepto, es acusación *por ser contrario el acto a la Constitución o a la Ley*, por manera que a esta acusación, aparte del artículo 71, es aplicable el 52. Es preciso que el acusador o demandante, además de *agraviado*, sea *ciudadano*; porque la acusación en el concepto de la

lesión de derechos civiles es acusación por *inconstitucionalidad* o por *ilegalidad*, o por lo uno y lo otro, y el artículo 52 lo exige. El artículo 52 es una regla genérica, en otras palabras, y el 71 una regla específica. Y como este texto no dice que basta con ser agraviado; es necesario ser además *ciudadano*. Los agraviados no ciudadanos, carecen de acción, tanto pública, como privada.

«Hablamos primero, continúan los doctores Carreño y Uribe Holguín, de los textos concernientes a las ordenanzas departamentales, porque las disposiciones de otros capítulos, relativas a otras materias, se refieren a aquéllas. Aquellos textos y los demás del Capítulo 1.º del Título 5.º, sobre las ordenanzas, son algo como el modelo en todo lo tocante a lo contencioso administrativo.

«Los artículos 72 y 77 del Capítulo siguiente, que se refieren a los acuerdos y otros actos de los Concejos, son respectivamente copias de los artículos 52 y 71. Por consiguiente, en lo concerniente a los acuerdos hay que concluir también que es preciso ser ciudadano para acusarlos con acción pública o con acción privada.

«El Capítulo 3.º versa sobre los actos del Gobierno; y de los artículos 79 y 80, que hacen parte de este Capítulo, cabe hacer presente lo mismo. Los ciudadanos, sólo los ciudadanos, pueden ejercer la acción pública; y sólo los ciudadanos, si además son interesados o agraviados, pueden ejercer la acción privada.

«Los textos legales citados no pueden interpretarse de otra manera. Y una de dos: o por los ciudadanos se entienden los colombianos, varones, mayores de veintiún años, que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia, conforme a la definición que hace el artículo 15 de la Constitución; o tal vocablo, ciudadano, que tiene varias acepciones, se entiende en el sentido que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, de natural o vecino. Si lo primero, los extranjeros o las personas jurídicas no tienen acción, ni pública ni privada, para atacar los actos del Gobierno, lo cual sería de gravísima trascendencia. Si lo último, los extranjeros y las personas jurídicas pueden ejercer tanto la acción privada como la pública».

Por nuestra parte creemos que la conclusión a que han llegado los señores abogados en su defensa es tan extremista y exagerada como la de la Corte, porque la Ley 130 en los artículos que se han venido analizando se cuida muy bien de aplicar la palabra *ciudadano* a aquellos casos en que permite el ejercicio de la acción pública, y el vocablo *persona* cuando se trata de la acción privada, que sólo puede ejercerse en el caso de que los actos del Gobierno sean lesivos de derechos civiles y nada más; y que por medio del artículo 108 reformó expresamente la Ley 4.^a de 1913, sobre régimen político y municipal, que al tratar en el capítulo IV de la anulación de ordenanzas,

concedía en su artículo 112, acción a «*toda persona natural o jurídica*»; lo que quiere decir que el legislador sí tuvo en cuenta el sentido jurídico de la palabra ciudadano, y que al aplicarla en la Ley 130, lo hizo de acuerdo con la definición que de ella había dado el constituyente de 1886; de otra manera, las palabras *persona* y *ciudadano* las habría empleado indistintamente. En cuanto al significado que para estos casos ha dado la Corte al vocablo ciudadano, ya se dijo a qué extremo podría conducir tal jurisprudencia, y es fácil deducir los inconvenientes que esto acarrearía. En todo caso, es este un problema que está por resolver, pero que depende en gran parte de la forma en que están concebidas las disposiciones legales, que no son bien claras al respecto y que convendría precisar para evitar interpretaciones erradas; problema que se agrava, si, por otra, parte se tiene en cuenta que la acción pública administrativa no tiene el mismo carácter de la consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, que puede ser promovida por cualquiera persona natural o jurídica, hombre o mujer, nacional o extranjero, que sea vecino del lugar respectivo; o por los Magistrados o Jueces, por las mujeres casadas y los menores de edad, por sí mismos sin necesidad de constituir apoderado. Esta acción, establecida para precaver un peligro inminente o un perjuicio general inmediato que es preciso evitar sin demora de tiempo, como cuando se trata de la ruina de un edi-

ficio, la obstrucción de una alcantarilla, la ocupación por particulares con ánimo de señor y dueño de una vía pública etc., no puede equiparse a la acción popular administrativa que persigue fines de otro orden, como son la constitucionalidad o la legalidad de ciertos actos administrativos. De ahí que no pueda tener el carácter de una popularidad absoluta, porque su misma naturaleza parece imponerle ciertas restricciones respecto de los llamados a intentarla, pues, mientras que para apreciar un hecho de los enumerados en el Código Civil sólo se necesita de simple sentido común, para pedir la nulidad de un acto administrativo como vialatorio de la Constitución o de la Ley, se requiere cierta preparación jurídica, que no todos llevan consigo.

No sucede lo mismo al situar el problema en el terreno de los principios, en donde sí puede sostenerse, con sobra de razones, que la acción pública administrativa puede y debe ser ejercida por cualquiera persona, ya sea nacional o extranjera; porque si se tiene en cuenta que en aquellos países como en el nuestro, en donde la Constitución y las leyes se aplican por igual a nacionales y extranjeros, es de suponer que tanto unos como otros tengan interés en que éstas no se violen, puesto que están destinadas a la guarda y conservación de los derechos de todos; y no se ve el motivo por el cual una persona, cualquiera que sea, nacional o extranjera, no pueda hacer uso de esta acción, como que es una forma del derecho de pe-

tición consagrado en todas las legislaciones. Este derecho compete, según los expositores, a toda persona para dirigirse a los Poderes Públicos o a las autoridades constituídas, con el objeto de exponer algún hecho, reclamar su intervención, o pedir la reparación de un agravio o la modificación de una providencia o de una disposición legal; y que, por otra parte, con ello ni se invade el campo de los derechos políticos en donde sólo pueden obrar los ciudadanos al ejercitar el derecho de voto o desempeñar cierta clase de cargos públicos, ni se debilita el principio de la soberanía nacional; sino que, antes bien, se procura robustecerla y afirmarla, abogando por el cumplimiento y la fiel interpretación de la Constitución y las leyes. Y no cabe duda que demandar ante la autoridad competente un acto del Gobierno como violatorio de los preceptos legales, no es otra cosa que ejercitar el derecho de petición que corresponde a toda persona.

Siguiendo en este particular a un distinguido expositor de derecho administrativo, don Recaredo Fernández de Velasco, podemos decir que puede ser actor popular todo aquél cuyo interés se incluya o embeba en el general protegido por la actividad del Estado. Circunstancias éstas que son características no solamente de los ciudadanos varones y mayores de edad, sino también de los extranjeros, las mujeres y hasta los menores.

Porque si bien es cierto que por lo general solamente los derechos privados se garantizan a los extranjeros, y la acción de que tratamos tiene por

objeto la rectificación de actos administrativos de carácter público, no lo es menos que los intereses de los extranjeros se confunden con los de los ciudadanos del mismo Estado, a lo menos en la repercusión que puedan tener sobre los suyos propios; y no hay derecho si no hay garantía. Y como por otra parte, el ejercicio de la acción pública se limita y reduce, como toda acción, a ocasionar una resolución jurisdiccional, no parece que haya obstáculo en reconocerles el ejercicio de este derecho, que en este caso no debilita sino que fortalece el sistema jurídico del Estado en que la acción se ejercite.

Respecto de las mujeres y de los menores, las razones alegadas en el caso anterior, podrían aducirse también con respecto a estos. Pero es que la acción pública—dice el autor citado—como acción jurídica que es, se atribuye a la capacidad jurídica, no a la individualidad física. Y mientras los extranjeros varones y mayores gozan de aquélla, es lo ordinario que les falte a las mujeres, y por definición les falta a los menores.

Con este concepto quedan estas personas excluidas de aquellas que puedan ejercitar la acción pública; mas como en todo caso éstas podrían obrar por medio de sus representantes, síguese que tampoco les está vedado el ejercicio de la acción. Bueno es advertir que el autor citado no está de acuerdo en esta parte, por considerar que en la acción popular no cabe representación, cuestión que será materia del capítulo siguiente.

CAPITULO V

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA ACCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA

Prescindiendo del interés práctico que pudiera tener la restricción del derecho de intentar la acción pública a cierta clase de personas, y situando el asunto en el terreno de la lógica jurídica, vamos a estudiar si es de la naturaleza de la acción pública administrativa el que ella se ejercite de manera directa, o si por el contrario, es transmisible y admite representación.

Se entiende por gobierno democrático aquel cuya organización y funciones resultan de la actividad inmediata de los particulares y de su participación en la soberanía del Estado, en cuanto ésta se manifiesta por funciones que miran al interés general, no al de una clase o grupo determinados. La voluntad soberana debe nacer de la comunidad de los miembros del pueblo con exclusión de todo privilegio de clases, y cuanto mayor sea la participación que éstos tengan en la actividad del Gobierno y se borre más la línea que en los regímenes despóticos o absolutos separa al Estado de

los particulares, aquél se entenderá más popular y democrático.

La acción pública es quizá la institución jurídica que más caracteriza al régimen republicano, comoquiera que ella se concede a todo ciudadano sin distinción de ninguna clase.

Ahora bien, como por una parte esta acción viene a ser una especie de patrimonio distribuído igualmente entre los miembros que forman un Estado democrático, y por otra no todos pueden disfrutar de él con igual provecho; sea por falta de capacidades, de instrucción o de conocimientos jurídicos suficientes para entablar con buen éxito la acción; sea por no tener que habérselas con determinados funcionarios; o bien por hallarse en lugares distantes en donde no les sea fácil presentarse por sí a invocar su derecho ante los tribunales competentes, desean-do aquéllos por otra parte ejercitar su acción para controlar la marcha de la administración pública y evitar un mal que consideran grave para la sociedad en donde viven; no se ve por qué razón consideren algunos autores que la acción pública no admite representación, sino que debe ejercitarse siempre de manera directa, y que sea un absurdo jurídico que una persona dé poder a otra para entablarla en su nombre.

El derecho de representación es el más universal de todos; no hay legislación que no lo consagre de manera general y casi absoluta. Nuestras leyes lo establecen sin excepción alguna a favor

de todo demandante o demandado, para toda clase de acciones, sea cual fuere la entidad ante quien tenga que comparecer, ya se trate de la más alta autoridad, como del más humilde funcionario.

En efecto, ¿qué fundamento tendría un magistrado para negar la aceptación de una demanda en que se ejercitara simplemente la acción pública en representación de otra persona, sin necesidad de apelar a la acción conjunta como hoy hacen nuestros abogados obrando en acción privada como mandatarios de otros y en acción pública en su propio nombre, en casos en que la naturaleza del acto acusado y las razones que existan para demandarlo, sólo dan cabida a la acción pública y no a la privada?

Si en todos los actos de la vida, ya sean los que más íntimamente atañen al individuo, como es el matrimonio, por ejemplo, se puede obrar por medio de representantes, por qué razón, por qué principio jurídico, en tratándose de una acción que persigue un fin enteramente objetivo, de interés general, cual es el bienestar social, ha de desconocerse el derecho a la representación? Se dirá que justamente por ser ésta una acción de carácter popular no es indispensable aquélla, puesto que no se ve la necesidad de obrar por otro, desde luego que da lo mismo que la acción se ejerza por cualquier individuo, ya sea el más distinguido o el más obscuro ciudadano, pues la sentencia siempre aprovechará a todo el cuerpo social. Pero este ar-

gumento prueba demasiado, y por lo mismo nada prueba; puede haber individuos interesados especialmente en que se respeten ciertas normas legales, pero que no tienen las facilidades ni los conocimientos jurídicos necesarios para actuar en el litigio con buen éxito; en cambio, hay otros que teniendo esos conocimientos y esas capacidades, no les interesa o no les conviene actuar en su propio nombre, pero sí en nombre de otro.

Reconocemos que este asunto no reviste mayor importancia, pero en todo caso conviene aclararlo. El recurso de la acción conjunta debiera suprimirse cuando no sea necesario para asegurar el buen éxito de la acción, ya que no hay precepto legal que prohíba entablar la acción pública en nombre de otra persona.

CAPITULO VI

EL DESISTIMIENTO EN LA ACCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA

Iniciada la acción pública administrativa, puede o no desistirse de ella?

Para resolver esta cuestión conviene averiguar en primer término cómo obra el actor popular, y si la acción en sí misma, en su fin y en sus efectos debe considerarse del mismo modo.

La acción pública es una acción directa de quien la ejercita y no especialmente confiada a él por la comunidad, pues al ser así, tendría que obrar a nombre de ésta y hasta ser pagado por ella. El ciudadano al iniciar su acción se coloca frente al poder del Estado, apoyado únicamente en una norma jurídica. No obra, pues, a nombre de nadie, sino en el suyo propio, ni puede considerarse como funcionario de derecho, porque entonces no obraría ya en ejercicio de la acción pública, sino como representante del mismo Estado.

El ejercicio de la acción tampoco debe confundirse con su contenido o trascendencia. La acción en sí misma es subjetiva; en su fin y en sus efectos es objetiva. Esta tiene carácter general y be-

neficia *a todos* en la sentencia; aquélla es *de cada uno* para pedir la anulación del acto que se considere ilegal.

El intentar el ciudadano la acción pública que le concede la Ley, no quiere decir que la comunidad se haya solidarizado con él. Quien la inicia lo hace según sus propios puntos de vista, aun en contraposición con la opinión de los demás; y tan cierto es esto, que nuestra ley orgánica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, faculta a cualquiera persona para impugnar las demandas incoadas, en virtud de esta clase de acciones.

El derecho de iniciar esta acción es un derecho eminentemente personal, propio de cada individuo, de su libre ejercicio, y por consiguiente, renunciable. Y siendo un principio aceptado en derecho procedimental, que nadie puede ser obligado a entablar una acción, qué razón habría para poder impedir al demandante que desistiera de ella? Al hacerlo, desistiría solamente de su derecho a ejercerla, que es exclusivamente suyo, sin relación a ninguna otra persona.

Supongamos que después de intentada la acción pública, el actor se convence de que el acto que acusa es legal y de que su acción es injusta y hasta inconveniente. ¿Se podría en este caso obligarle a continuar agitando una acción de esta naturaleza, con el único pretexto de que no es admisible el desistimiento, en tratándose de acciones públicas? Seguramente no. ¿Qué moral sería aquella

que obligara a un individuo que está plenamente convencido de su error, a permanecer en él y sufrir sus consecuencias?

El precepto que así lo estableciera, sería un precepto injusto, que iría directamente contra el principio de la libertad individual. Sin embargo, nuestro legislador, en una ley que acaba de aprobar, la 25 de 1928, en su artículo 12, consagra este absurdo jurídico al ordenar de manera general que no puede desistirse de la acción pública. Pero esto tiene su explicación: la jurisdicción contencioso administrativa, no ha logrado todavía, debido quizás a su reciente establecimiento entre nosotros, oponer su verdadero carácter técnico, frente al variable y caprichoso de la política de ocasión; porque la mayor parte de las reformas legislativas introducidas últimamente en estas materias, no obedecen o un criterio científico, sino que, inspiradas en consideraciones de carácter puramente personal, son hijas del casuísmo, y contrarían abiertamente los verdaderos principios de la lógica jurídica.

Hay, empero, quienes consideran que tratándose de acciones públicas no es admisible el desistimiento, y los argumentos en que se apoyan pueden condensarse así: que el desistimiento, cuando se ejerce la acción pública es inadmisibile, porque en estas acciones hay un interés distinto del particular; que tal desistimiento perjudica a terceros; y, por último, que es un derecho que no puede renunciarse sino sólo cuando mira al interés individual.

Para sostener sus puntos de vista se fundan especialmente en la disposición contenida en el artículo 15 del Código Civil, que dice que no podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, sino sólo cuando miran al interés individual del renunciante y no está prohibida la renuncia; que la acción pública tiene por fin exclusivo mantener la integridad de la Constitución y la Ley; que en tal concepto puede ejercitarse por todo ciudadano, precisamente porque a todos interesa el sostenimiento de ese orden, y que, si esto es así, a la comunidad toda pertenece el derecho de intentarla, y en consecuencia, una vez instaurada por uno o por varios ciudadanos, no les sería lícito desistir, porque para ello se necesitaría el asentimiento de cuantos están interesados en la defensa y aplicación de la Constitución y de la Ley.

Salta a la vista que la aplicación en este caso del precepto consagrado en el artículo 15 del Código Civil es inaceptable, porque allí se trata únicamente de derechos civiles, y lo que con él se quiso garantizar fue el patrimonio de terceros, de suerte que la renuncia hecha por un individuo de su derecho no perjudique el patrimonio de los demás. Disposición que está en perfecta armonía con el concepto individual de la propiedad que informa nuestra legislación civil, según la cual, a nadie le es permitido disponer de lo ajeno sin la voluntad de su dueño.

¿Y qué derechos civiles lesionará el desistimiento de una acción pública administrativa?

El desistimiento sólo tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, destruir lo actuado, concluir el pleito y terminar la acción únicamente, en vista de que el actor la considera injusta, manteniendo así el *statu quo* de la legalidad, con lo cual en vez de perjudicar el cuerpo social se le favorece.

Para sostener que el desistimiento de la acción pública lesiona derechos de la comunidad, se necesitaría que una vez desistida una acción sobre un punto determinado, los demás ciudadanos no pudieran intentarla nuevamente; pero como ésto no está prohibido en la ley, y la mayor parte de las acciones públicas pueden intentarse en cualquier tiempo, no se ve el perjuicio que puedan sufrir los terceros con el desistimiento. Y si se trata de una acción de aquellas en que se ha fijado un plazo para iniciarlas, es claro que quien tiene interés en que se anule un acto no se atendrá a los demás, sino que por sí mismo iniciará su acción en el tiempo fijado por la ley. Al contrario, quien calla otorga; quien no ocurre ante los tribunales a ejercer su derecho acusando el acto administrativo, se entiende que lo acepta, que se halla conforme con él, que no le perjudica, o al menos que le es indiferente.

Al decir que el desistimiento es un derecho y que éste no puede renunciarse sino sólo cuando

mira al interés individual, se confunde la acción en sí misma considerada, con su fin y sus efectos, y ya vimos que aquélla es esencialmente subjetiva mientras que su fin y sus efectos son objetivos. El desistimiento hace parte de la acción en sí misma y es solamente una consecuencia de ésta, pero no de su fin ni de sus efectos, comoquiera que éstos no se conocen, puesto que el fallo que sí tendría carácter general, no se ha dictado aún; y mal puede perjudicar a terceros una cosa que no existe.

El Consejo de Estado en sentencia de 16 de septiembre de 1921, había sentado jurisprudencia en el sentido de que en la acción pública no cabe el desistimiento, pero esta jurisprudencia, que es la que ha querido generalizar la Ley 25 de 1928, de que ya se habló, se debió más que todo a las circunstancias particulares que rodearon el asunto que entonces se debatía y que en síntesis era el siguiente:

El señor José Barrera, haciendo uso del derecho que a todo ciudadano le confiere el artículo 190 de la Ley 85 de 1916, demandó la irregularidad cometida en el escrutinio de los votos emitidos para Representantes al Congreso Nacional, verificado por el Consejo Electoral de Bogotá. Tramitado el juicio, el Tribunal Seccional Administrativo profirió sentencia definitiva. No habiendo sido apelada ésta, el Tribunal de primera instancia la remitió en consulta al Consejo de Estado, tal como lo ordena la ley. Repartido el negocio y corrido el traslado al Fiscal, éste emitió concepto favora-

ble a la sentencia. En este estado el juicio, el demandante señor Barrera presentó un memorial desistiendo de su acción, no obstante haber alcanzado ya en la sentencia de primera instancia el triunfo de sus pretensiones.

Como se ve, este es un caso particular en que se trata de una acción pública que prescribe en el corto plazo de cuatro días, y por lo mismo las razones que el Consejo tuvo para dictar el fallo en la forma en que lo hizo, no pueden generalizarse, ni mucho menos tenerse como argumentos para dictar una disposición de carácter generalísimo, como es la consagrada en la Ley 25 de 1928.

Recuérdese aquí lo que dijimos al tratar del plazo señalado en la ley para las acciones públicas en materia electoral, pues si lo que quiso el legislador fue evitar ciertos recursos indebidos que van directamente contra la pureza del sufragio, en vez de atropellar principios fundamentales de derecho, como lo hizo en el artículo 12 de la Ley 25 citada, ha debido ampliar dicho término, para dar más facilidad de entablar la acción a todos los ciudadanos interesados en esas materias, y evitar así los inconvenientes que ya dejamos anotados; o, en último caso, circunscribir la prohibición del desistimiento solamente a esta clase de acciones.

No es el caso de entrar a analizar las razones de carácter especial que tuvo el Consejo de Estado para sentar jurisprudencia tan peligrosa, como es

la de que en la acción pública no hay lugar a desistimiento. Nos ahorra este trabajo la luminosa exposición que en sentencia de 9 de febrero de 1928 hizo el consejero ponente doctor José A. Vargas Torres, con la cual se varió la jurisprudencia anterior; sentencia que nos permitimos insertar aquí, siquiera sea en parte. Ella es como sigue:

«Los argumentos o razones que motivaron la sentencia por la cual el Consejo declaró que el desistimiento no es admisible en los juicios de acción popular son los siguientes, colocándolos en el mismo orden compendiado del salvamento a que se ha hecho mención.

«1.º Que el desistimiento, cuando se ejerce la acción popular, es inadmisibile, porque en estas acciones hay un interés distinto del particular.

«2.º Que en los juicios en que la ley ordena la consulta para ante el superior, no cabe el desistimiento.

«3.º Que el desistimiento cuando se trata de acción popular perjudica a terceros.

«4.º Que el desistimiento es un derecho, y estos no pueden renunciarse sino solo cuando miran al interés individual; y

«5.º Que el desistimiento, en la acción electoral, es un incidente, y estos están prohibidos por el artículo 21 de la Ley 96 de 1920, que sólo admite los impedimentos y recusaciones».

«La cita de una sola disposición legal a falta de otras razones bastaría para pensar que no ca-

ben aquí las argumentaciones contenidas en los cuatro primeros números y que sólo el último podría tener tal aspecto si se admitiera, que no es el caso, como se verá luégo, que el desistimiento constituye un verdadero incidente en el juicio. Esta disposición está contenida en el artículo 95 de la Ley 105 de 1890 que a la letra dice: "Toda persona que haya promovido un recurso o presupuesto un pleito, puede desistir de él expresa o tácitamente. El desistimiento del recurso se hará ante el mismo Juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiere sido remitido al superior o ante éste si ya lo hubiese recibido. El desistimiento del pleito se hará ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto."

«No tiene la disposición transcrita excepción alguna que pueda ser aplicable al caso presente y las únicas limitaciones consagradas en las disposiciones procedimentales se refieren a los juicios en que intervienen incapaces o por razón de falta de personería. La naturaleza de la acción nada tiene que ver con la facultad que el demandante tiene para desistir.

«El interés y el orden público los ha salvaguardado el legislador en forma distinta y más eficaz. No es propiamente la acción popular la que mira a este efecto y que tiene su razón en hechos de orden semejante aunque no equivalente; es el procedimiento de oficio consagrado en leyes terminantes el recurso que puso el legislador en in-

terés del orden público, procedimiento que no puede confundirse con la acción popular de carácter esencialmente distinto. En el procedimiento de oficio la acción se sigue con demanda o sin ella; en la acción popular es necesaria ésta, pues de otra manera el procedimiento no puede prosperar. Ahora bien, si conforme al artículo 275 del C. J. nadie puede ser obligado a proponer demanda, excepto en casos especialísimos que están determinados; ¿de dónde se deduce que pueda obligarse al que ya la propuso para que insista en ella a fin de que el Juez pueda continuar el procedimiento, ya que sin esa insistencia quedaría paralizada y sin efecto la demanda propuesta? ¿Y cómo podrá el Juez llegar a los penetrales de la conciencia de un demandante para saber qué pruebas tenía como fundamento de su acción, o cómo adivinar los hechos que habría de alegar?

«El procedimiento de oficio es de carácter excepcional; de aplicación restrictiva, limitada solamente a los casos señalados por el legislador. Los juicios electorales no figuran entre ellos; de manera que allí el Juez es un elemento pasivo que obra por virtud de la acción del demandante. Desde que ésta termina, el Juez queda impotente para seguir actuando en la instancia y de ahí que además de ilegal sea ineficaz rechazar el desistimiento.

«Muy bien cabe añadir que si conforme a la ley se aplican sanciones al demandante temerario, es innegable que hay falta de lógica en obligar

a que insista en un error a quien quiera apartarse de él precisamente por respeto a la misma ley y para evitar esas sanciones.

«Si no se admitiera el desistimiento expreso, tampoco podría admitirse el abandono del negocio; esto es, se llegaría al absurdo de que el Juez asumiera de un momento a otro el carácter de demandante sin encontrar los medios para obligar al actor a continuar en la acción intentada, a que la agite contra su voluntad para llegar a un fin que él ya no busca ni pretende.

«En fin, el único argumento que pudiera tener alguna fuerza a favor de la tesis sostenida por el señor Fiscal, es la prohibición contenida en el artículo 21 de la Ley 96 de 1920 según el cual no pueden admitirse en los juicios electorales incidentes ni articulaciones distintos de los allí previstos; pero desde el momento que el desistimiento debe declararse de plano sin citación siquiera de la parte contraria, no hay lugar a tal articulación ni puede llamarse incidente. Toda articulación se entiende que va dentro del juicio, el desistimiento lo termina. La simple etimología de la palabra lo indica y basta la definición del diccionario de la lengua: *'Incidente*. Lo que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con éste algún enlace. *For.* Cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél, y otras suspendiéndolo; caso éste en que

se denomina de *previo y especial pronunciamiento*.'

«Si la ley, pues, no distingue, hay que aplicarla sin rodeos. La regla general es que el que inicia una acción puede desistir de ella; y si su desistimiento perjudica a otros, este perjuicio no puede considerarse como efecto directo ni aquél como causa eficiente ni única. Si solamente fueran renunciables los derechos que ni directa ni indirectamente pueden perjudicar a los demás, quizá no habría derecho renunciable.

«El desistimiento sólo perjudica al que lo hace, conforme al artículo 820 del C. J.; quiere esto decir que a los demás ciudadanos les quedan libres todos los recursos que las leyes otorgan dentro de los términos y condiciones señalados. El derecho de demandar en los juicios electorales es de interés social, es cierto, y está vinculado al orden público; pero el ejercicio particular de ese derecho por cada ciudadano corresponde a éste y su renuncia es de carácter individual y privado, por lo mismo que ha podido no ejercerlo».

CAPITULO VII

NULIDAD CIVIL Y NULIDAD ADMINISTRATIVA. - EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE NULIDAD ADMINISTRATIVA

Consideramos de especial importancia hacer la distinción entre nulidad civil, nulidad administrativa y derogación, porque una vez fijado el sentido jurídico de estos conceptos, se podrá saber el alcance que deben tener los fallos que recaigan a los juicios entablados en virtud de la acción administrativa.

La nulidad civil se refiere por lo general a actos o contratos celebrados entre particulares, al paso que la nulidad administrativa hace relación a actos del gobierno o de la administración, violatorios de la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos municipales o los derechos de los asociados.

La declaratoria de nulidad civil equivale a la no existencia jurídica del acto; y en consecuencia, todo lo verificado de acuerdo con él no tendrá valor alguno. La nulidad civil da derecho a las partes para que se restituyan las cosas al estado que tenían antes del acto o contrato nulo, con la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar.

La nulidad administrativa, en cuanto mira al pasado, no puede tener un carácter absoluto, porque los actos del gobierno o de la administración son manifestaciones más o menos directas de la personalidad del Estado y de su voluntad soberana; y los hechos cumplidos en virtud de sus mandatos deben respetarse aun cuando después se llegue a declarar que tales resoluciones estaban viciadas de ilegalidad. De ahí que esa misma voluntad soberana haya querido que los actos públicos revistan todos los caracteres de legitimidad mientras una autoridad competente no los invalide como contrarios a sus propios mandatos. El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 dice: «Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, ni a la doctrina legal más probable». Y el 111 del Código Político y Municipal se expresa así: «Las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la autoridad judicial».

De lo dicho puede inferirse cuál es la diferencia que existe entre la nulidad civil y la administrativa, pues, al paso que la primera implica un vicio tan absoluto, que excluye toda posibilidad de existencia de los efectos que del acto o contrato se derivan, la segunda deja en pie los hechos ya consumados, en virtud de que el acto declarado

nulo, una vez promulgado, tenía fuerza obligatoria para toda la comunidad.

No quiere esto decir que en virtud de tales disposiciones se adquieran derechos que deben subsistir aun después de declarada la nulidad del acto, pues que ésta supone su no existencia, y no existiendo el acto, tampoco habrán existido los derechos. Por esta razón, las ventajas o beneficios conseguidos en virtud del acto, antes de ser declarado nulo, no pueden considerarse como derechos adquiridos, y de ahí que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo no viole ningún derecho, ni jurídicamente perjudique a terceros.

La nulidad administrativa equivale también a la no existencia jurídica del acto, pero sus efectos no tienen la misma extensión. Los actos que en virtud de la resolución que se declara nula administrativamente hayan debido cumplirse y aún puedan cumplirse, se verificarán, pero sin lugar a indemnización por el retardo. Los actos jurídicos perfectos y las ventajas adquiridas en virtud del acto declarado nulo, subsistirán. Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que se hayan basado en tal acto, serán intocables.

La nulidad civil se extiende al pasado de manera absoluta; la nulidad administrativa de modo relativo.

Se ha discutido si los términos nulidad administrativa e inexecuibilidad son equivalentes; y si es verdad que conforme a las definiciones que de

ellos se han dado, parece que existen diferencias, creemos que el legislador colombiano les ha dado el mismo valor jurídico; y por esto, los tribunales administrativos emplean en sus sentencias indistintamente, las palabras nulidad e inexequibilidad. Otra cosa sería que se confundiera la nulidad civil con la inexequibilidad, pues ya se han visto las diferencias sustanciales que entre una y otra existen.

La inexequibilidad es la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad del acto acusado; defecto inherente a éste desde su expedición y no desde que la inexequibilidad es declarada. La nulidad administrativa tiene el mismo alcance y produce los mismos efectos, sólo que se concreta algunas veces, cuando el acto demandado no tiene carácter general y se acusa en virtud de acción privada, a declarar que se han violado simplemente los derechos civiles del demandante, pero siempre en virtud de su inconstitucionalidad o ilegalidad.

La nulidad, bien sea civil o administrativa, debe ser declarada por un tribunal de derecho; la derogatoria por un cuerpo legislativo, ya sea un Congreso, una Asamblea o un Concejo. El acto derogatorio es intrínsecamente distinto; éste sólo mira al futuro, aunque por excepción, en algunos casos también toca al pasado, por voluntad del mismo legislador o por la materia sobre que versa, como aquél que suprime o aminora una pena, el que revalida otra, el que legitima un estado civil etc.

La nulidad se declara en virtud de que el acto es contrario al derecho positivo; la derogatoria consulta la conveniencia y el interés general.

Hechas estas diferencias, basadas todas en la legislación y la jurisprudencia nacional, tenemos que, en tratándose de la nulidad administrativa, en caso de que ésta sea declarada y en cuanto se refiere al pasado, no lesionará derechos de terceros; en cuanto mira al futuro será absoluta, dentro de sus respectivos radios de acción.

El caso que en seguida vamos a relatar y la sentencia que a él recayó, harán ver los inconvenientes a que conduce la falta de precisión en los conceptos de que hemos tratado.

El representante de una de las Compañías navieras del río Magdalena, entabló ante el Consejo de Estado acción privada, en demanda de la Resolución número 54 de 1925, suscrita por el Ministro de Obras Públicas «por la cual se dicta una disposición en materia de tráfico fluvial», como violatoria de las leyes 52 de 1919, y 4.^a de 1920. El Consejo de Estado, en sentencia recaída a este asunto de fecha 18 de mayo de 1926, después de analizar los hechos y las pruebas aducidas por las partes, dijo lo siguiente:

«La Resolución acusada es insostenible; pero no se puede anular de un modo general y completo, porque la acción que se ha incoado, no es ciudadana sino privada, caso en el cual los efectos de la sentencia deben limitarse al demandante, como

lo tiene resuelto en multitud de casos esta Sala en fallos análogos, al favor de lo dispuesto en el artículo 80 y sus análogos de la Ley 130 de 1913. Que esto establecería un privilegio irritante a favor de la Compañía demandante, cierto; pero el Consejo de Estado no es quien puede poner el correctivo del caso, que sí está en manos del Ministro, revocando su Resolución, si a bien lo tiene.

«A virtud de lo expuesto y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, se anula la resolución acusada, pero únicamente en cuanto se refiere a la Empresa demandante».

Es cierto que el artículo 846 del Código Judicial, dice que la sentencia no debe perjudicar a personas distintas de las que intervienen en el pleito, pero no se habla en ninguna parte de que no deba favorecer a terceros. La declaratoria de nulidad de un acto administrativo, en cuanto se refiere al futuro, en vez de violar derechos de terceros, los asegura y afirma; pues que no hace otra cosa que restablecer el derecho quebrantado por un acto ilegal; y bajo la tutela del derecho público vive el derecho privado: *sub tutela juris publici latet jus privatum*. Respecto del pasado, ya se vio que las sentencias administrativas no violan derecho alguno.

La nulidad, una vez declarada, no admite medios: *Quod nullum est in uno, nullum est in omnibus*. Lo que es nulo en un caso lo es en todos.

Decir que una cosa es nula para uno y no para los demás, es lo mismo que decir que una cosa *es* y *no es* al mismo tiempo. Y qué podría pensarse de aquél que se atreviera a afirmar que es falso el principio filosófico que por su evidencia no admite demostración, y que dice que «una cosa no puede ser y dejar de ser a un mismo tiempo»? Pues esta afirmación es sencillamente la que ha hecho el más alto Tribunal Administrativo, en su sentencia de 18 de mayo de 1926.

Como consecuencia de lo anterior, podemos deducir que los efectos de las sentencias administrativas que ponen término a juicios entablados en virtud de la acción pública o de la privada, cuando en ellas se trata de nulidad de actos de la administración de carácter general, deberán tener también el mismo carácter.

CAPITULO VIII

¿EL FALLO ADMINISTRATIVO DA TRÁNSITO A COSA JUZGADA?

Ya vimos que en tratándose de nulidad administrativa, los fallos que se dicten en juicios incoados ya en virtud de la acción pública o bien de la privada, deben tener carácter general puesto que los actos del Gobierno o de la Administración así declarados no pueden ser a un mismo tiempo válidos para unos y nulos para otros.

Ocurre preguntar ahora: ¿las sentencias de última instancia en juicio sobre nulidad de actos administrativos dan tránsito a cosa juzgada? (1)

Pero antes de entrar a resolver esta cuestión, es necesario saber qué se entiende por cosa juzgada y si ésta se produce únicamente en virtud de sentencias del poder judicial o puede extenderse también a las de la jurisdicción administrativa.

El principio fundamental de la cosa juzgada; tomado del Derecho Romano por los legisladores

(1) Nótese que en este trabajo nos hemos referido únicamente a aquellos casos en que se trata de nulidad de actos de la Administración y no a los fallos administrativos que resuelven otras cuestiones.

modernos, se formula así: *Res judicata pro veritate habetur*. Razones de orden público y de interés individual han obligado a todos los legisladores a reconocer y a amparar la utilidad de tal principio como requisito esencial del orden social. En efecto, si la primera sentencia que hoy decide en firme una controversia se anulara mañana por una segunda y ésta a su vez por una tercera, los pleitos jamás se acabarían, el derecho sería ilusorio y la tranquilidad social se minaría por su base.

El origen de la cosa juzgada se remonta a la legislación romana. Los primeros vestigios se encuentran en un comentario hecho por Paulo al Edicto del Pretor. «Un sólo derecho, decía, no debe servir para intentar acciones distintas, de otro modo la multiplicación de los pleitos daría margen a dificultades inexplicables, máxime si las sentencias son contrarias».

La cosa juzgada exige tres condiciones esenciales, a saber: 1.^a Que las partes que han intervenido en el primer juicio sean las mismas que figuren en el juicio posterior; 2.^a Que la nueva controversia judicial verse sobre el mismo objeto antes discutido y fallado en sentencia definitiva, y 3.^a Que la causa invocada como fundamento en ambos juicios sea una misma.

La identidad de personas que en estos casos se pide no es la absoluta sino la relativa; es decir, que las personas, ancuando no sean unas mismas real y físicamente, sí lo sean en sentido jurídico.

Con relación al objeto deben concurrir estas circunstancias: que en la segunda acción se pida la misma cosa que se reclamó en la primera, y que se pida por la misma causa que motivó la primera demanda.

Toda decisión o sentencia judicial para dar tránsito a cosa juzgada debe reunir las condiciones siguientes: 1.^a Que sea definitiva; 2.^a Que tenga el carácter de ejecutoriada; 3.^a Que verse sobre asuntos contenciosos, y, 4.^a Que se halle al abrigo de todo recurso.

Conforme a nuestras leyes procedimentales, en materia judicial sólo las sentencias en juicios ordinarios dan tránsito a cosa juzgada; por excepción, y en los casos previstos en el Código Judicial, se puede atribuir el mismo carácter y los mismos efectos a las sentencias recaídas en otra clase de juicios; y la razón de esto es que los asuntos resueltos en juicios sumarios o especiales pueden ser revisados en juicio ordinario, y que por lo mismo las sentencias que en ellos se dicten no causan ejecutoria.

Ahora bien. Los juicios de nulidad que se siguen ante la jurisdicción contencioso-administrativa podrán equipararse y tendrán la misma amplitud probatoria de los juicios ordinarios, o deberán considerarse como juicios sumarios y por lo mismo las sentencias a ellos recaídas no darán tránsito a la cosa juzgada?

Aun cuando en verdad el procedimiento ordinario en materia judicial tiene mayor extensión

que el señalado para los juicios sobre nulidad administrativa, esto depende en gran parte de la naturaleza misma de los litigios; pues mientras que en las controversias judiciales por lo general se presentan muchos hechos que probar, en tratándose de juicios administrativos sobre nulidad, casi todas las cuestiones versan sobre puntos de derecho que no requieren términos probatorios. De ahí que aun cuando al parecer la tramitación de los juicios administrativos sea más rápida que la de los ordinarios, no por esto dejan de tener la extensión necesaria y las instancias del caso, para que el juzgador pueda resolver la controversia de manera formal y concienzuda y dictar un fallo que sea la fiel expresión de la verdad jurídica y por lo mismo pueda considerarse como inmutable. Por otra parte, la jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción especial y según el artículo 93 de la Ley 130 de 1913 que la reglamenta, «las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales Contencioso-administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria». De donde se deduce que hay razones suficientes para pensar que las sentencias en juicios administrativos sobre nulidad tienen tanta fuerza como las proferidas en juicio ordinario.

En toda sentencia administrativa de nulidad puede suceder una de dos cosas, o que resuelva el pleito a favor del demandado, declarando nulo el

acto acusado, o por el contrario que decida que no hay lugar a declarar la nulidad pedida.

Desde luego consideramos que en el primer caso no hay para qué contemplar la cuestión desde el punto de vista de la excepción de cosa juzgada, porque teniendo por objeto la acción administrativa reclamar contra un acto del gobierno o de la administración por ser violatorio de la Constitución o de la Ley, y habiendo sido declarado nulo, ya no existe, y, por lo mismo, ni viola la Constitución ni la Ley, ni hay objeto sobre qué verse la controversia.

El problema está con relación al segundo caso o sea al elemento negativo, en donde sí puede generarse la excepción de cosa juzgada; entendiéndose por tal, no la que resulta de una ejecutoria en el sentido estrictamente jurídico del término, sino como defensa del demandado que se acoge al principio romano: *Non bis in idem*.

Supongamos que un ciudadano cualquiera, en ejercicio de la acción pública que le concede la ley, pide la nulidad de un acto administrativo, fundado en que es violatorio de tales o cuales disposiciones y por lo mismo inconstitucional o ilegal; y que la sentencia de última instancia diga que no hay lugar a declarar la nulidad pedida. ¿Podrá oponerse la excepción de cosa juzgada en caso de que otro ciudadano intente la misma acción, fundado en las mismas razones? Para resolver la cuestión se debe considerar previamente si

en tales casos pueden concurrir los tres requisitos esenciales de la cosa juzgada, a saber: identidad de derecho, identidad de objeto e identidad jurídica de persona.

La identidad de derecho o de causa, como la llaman otros, se refiere al hecho jurídico de donde emana el derecho que se reclama en juicio. Se entiende por causa el motivo próximo esencial e invariable que induce al acto o contrato. La causa viene a ser una misma en todos los actos de la misma naturaleza; los motivos pueden variar indefinidamente. No debe confundirse pues la causa con los motivos; aquella es siempre la misma, en ella se descubre un elemento esencial e invariable que es su característica; la variabilidad es propia de los motivos.

En los juicios administrativos de nulidad la identidad de derecho existe desde luego que la causa para intentar la acción es siempre la misma conforme a la Ley: la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto; pues mientras éste no viole la Constitución o la Ley, no habrá lugar a entablar la acción.

Puede empero suceder que en la primera demanda el actor alegue la inconstitucionalidad o ilegalidad en virtud de que el acto acusado es contrario a tales o cuales disposiciones, y que en la demanda que se intente después, en vista de que no fue fallada favorablemente la primera, se alegue que el acto viola disposiciones a las cuales no se había

referido el primer actor, que se crea por esto que la causa es diferente, y por lo mismo no pueda invocarse la excepción de cosa juzgada. Creemos que en este caso la causa alegada es la misma y lo que varía es simplemente el motivo, pues en una y otra demanda de lo que se trata es de la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto, ya sea que viole esta o la otra disposición. Y esto cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el Tribunal Administrativo al estudiar el acto acusado no se limita a examinarlo únicamente a la luz de las disposiciones que el demandante cree violadas, sino que lo hace en relación a todas las que tengan fuerza legal o constitucional, y si en virtud de este estudio encuentra que dicho acto no es violatorio de la Constitución o de la Ley y así lo declara en la sentencia, es de suponer que para dictar su fallo tuvo en cuenta no solamente las disposiciones citadas por el actor en la primera demanda, sino todas las de orden legal o constitucional que regían a tiempo de la expedición del acto acusado.

La identidad de objeto no admite la menor duda, pues que se trata del mismo acto, tal como fue expedido por la autoridad respectiva.

La identidad jurídica de personas, en cuanto se refiere a la autoridad que dictó la disposición acusada o al Agente del Ministerio Público que la represente, existirá siempre. Con relación al demandante, como éste obra, más que todo, en su calidad de ciudadano, habrá identidad jurídica, aun

cuando ese ciudadano sea Pedro, Juan o Diego. Todos los expositores están de acuerdo en afirmar que en sentido jurídico se dice que hay identidad, respecto de una persona o de una cosa, cuando por cierta ficción de derecho se reputa ser la misma, aun cuando haya cambiado materialmente. Y así se dice, por ejemplo, el rebaño de Juan es el mismo que dejó Pedro, aun cuando las unidades por el transcurso del tiempo se hayan cambiado totalmente. De la misma manera, concedida una acción al ciudadano, en su carácter de unidad social, la identidad jurídica del que ejerce la acción, será una misma, cualquiera que sea el individuo demandante, pues, para los efectos del fallo, vale lo mismo que el actor sea Pedro, Juan o Diego, comoquiera que la sentencia, en todo caso, aprovechará o perjudicará a todo el cuerpo social.

De lo anterior, podemos deducir, que las sentencias dictadas en juicios sobre nulidad de actos del Gobierno o de la Administración, cuando reúnen los requisitos de que hemos hablado, dan tránsito a cosa juzgada, si es que ésta puede llamarse así en el campo administrativo, y guardando las debidas proporciones con lo que tal excepción significa en el ramo judicial.

Bogotá, septiembre 21 de 1928

Revisada para los efectos reglamentarios.

Puede imprimirse.

El Presidente de Tesis,

VICTOR COCK

OBRAS CONSULTADAS:

Caballero y Montes: Lo contencioso administrativo.

Duguit: Manuel de droit constitutionnel.

Hauriou: Droit administratif.

Fernández de Velasco: La acción popular en derecho administrativo.

Fernando Vélez: Derecho civil colombiano.

Arcesio Aragón: Nociones de derecho público interno.

Alcibiades Argüello: Derecho administrativo colombiano.

José Antonio Archila: Jurisprudencia del Consejo de Estado. Tesis.

Fernando Garavito: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Escriche: Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Constitución Nacional, Códigos Civil, Judicial, de Elecciones. Anales del Consejo de Estado. Leyes, etc.

INDICE

CAPITULO I

	Págs.
<i>De la acción en general</i>	7

CAPITULO II

<i>La acción administrativa.—Su objeto.—Su naturaleza.—Su importancia</i>	14
---	----

CAPITULO III

<i>La acción pública administrativa en el derecho colombiano.</i>	19
---	----

CAPITULO IV

<i>Quiénes pueden ejercer la acción pública administrativa . .</i>	28
--	----

CAPITULO V

<i>El derecho de representación en la acción pública administrativa</i>	39
---	----

CAPITULO VI

<i>El desistimiento en la acción pública administrativa</i>	43
---	----

CAPITULO VII

<i>Nulidad civil y nulidad administrativa.—Efectos de las sentencias en materia de nulidad administrativa</i>	55
---	----

CAPITULO VIII

<i>El fallo administrativo da tránsito a cosa juzgada?</i>	62
--	----